

Related-Party-Transactions

Florstedt

2021

ISBN 978-3-406-74063-3

C.H.BECK

B. § 111b AktG Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäften mit nahestehenden Personen

§ 111b AktG Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäften mit nahestehenden Personen

(1) Ein Geschäft der börsennotierten Gesellschaft mit nahestehenden Personen, dessen wirtschaftlicher Wert allein oder zusammen mit den innerhalb des laufenden Geschäftsjahres vor Abschluss des Geschäfts mit derselben Person getätigten Geschäften 1,5 Prozent der Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen der Gesellschaft gemäß § 266 Absatz 2 Buchstabe A und B des Handelsgesetzbuchs nach Maßgabe des zuletzt festgestellten Jahresabschlusses übersteigt, bedarf der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines gemäß § 107 Absatz 3 Satz 4 bis 6 bestellten Ausschusses.

(2) Bei der Beschlussfassung des Aufsichtsrats nach Absatz 1 können diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Stimmrecht nicht ausüben, die an dem Geschäft als nahestehende Personen beteiligt sind oder bei denen die Besorgnis eines Interessenkonfliktes auf Grund ihrer Beziehungen zu der nahestehenden Person besteht.

(3) Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen (§ 290 Absatz 1 und 2 des Handelsgesetzbuchs) und nicht gemäß § 290 Absatz 5 oder den §§ 291 bis 293 des Handelsgesetzbuchs von der Konzernrechnungslegungspflicht befreit, so tritt an die Stelle der Summe des Anlage- und Umlaufvermögens der Gesellschaft die Summe aus dem Anlage- und Umlaufvermögen des Konzerns gemäß § 298 Absatz 1 in Verbindung mit § 266 Absatz 2 Buchstabe A und B des Handelsgesetzbuchs nach Maßgabe des zuletzt gebilligten Konzernabschlusses oder in den Fällen des § 315e des Handelsgesetzbuchs die Summe aus den entsprechenden Vermögenswerten des Konzernabschlusses nach den internationalen Rechnungslegungsstandards.

(4) ¹Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. ²Die an dem Geschäft beteiligten nahestehenden Personen dürfen ihr Stimmrecht bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung weder für sich noch für einen anderen ausüben.

§ 107 AktG Innere Ordnung des Aufsichtsrats

(...)

(3) ¹Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen, namentlich, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen. ²Er kann insbesondere einen Prüfungsausschuss bestellen, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung, hier insbesondere der Auswahl und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen, befasst. ³Der Prüfungsausschuss kann Empfehlungen oder Vorschläge zur Gewährleistung der Integrität des Rechnungslegungsprozesses unterbreiten. ⁴Der Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft kann außerdem einen Ausschuss bestellen, der über die Zustimmung nach § 111b Absatz 1 beschließt. ⁵An dem Geschäft beteiligte nahestehende Personen im Sinne des § 111a Absatz 1 Satz 2 können nicht Mitglieder des Ausschusses sein. ⁶Er muss mehrheitlich aus Mitgliedern zusammengesetzt

sein, bei denen keine Besorgnis eines Interessenkonfliktes auf Grund ihrer Beziehungen zu einer nahestehenden Person besteht.

Schrifttum: *Barg*, Regulierung von Related Party Transactions im deutschen Aktienrecht, AG 2020, 149; *Fiebelkorn*, Der Zustimmungsvorbehalt zu related party transactions in der börsennotierten KGaA nach ARUG II, ZIP 2020, 953; *Koch*, Die Legal Judgment Rule: ein Fall für die Wolfsschlucht, FS Bergmann, 2018, 413; *Langfermann*, Zustimmung des Aufsichtsrats zu Geschäften mit nahestehenden Personen nach dem ARUG II-RefE, BB 2018, 2859; *Markworth*, Der Aufsichtsrats-Ausschuss zu Related Party Transactions nach § 107 Abs. 3 Sätze 4–6 AktG, AG 2020, 166; *Spindler/Seidel*, Die Zustimmungspflicht bei Related Party Transactions in der konzernrechtlichen Diskussion – Ein Plädoyer für die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, AG 2017, 169; *Teichmann*, Die Anwendbarkeit des ARUG II auf die KGaA, FS Krieger, 2020, 993; *Vetter*, Zur Bewertung von Geschäften mit nahestehenden Personen – Überlegungen zur Auslegung des § 111b Abs. 1 AktG, AG 2019, 853.

Schrifttum zur Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds: *Baums*, Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder, ZHR 180 (2016), 697; *Beyer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, 2009; *Borsdorff*, Interessenkonflikte bei Organmitgliedern, 2010; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, Zur Funktion und Wirkweise von Aufsichtsratsvorbehalten im Einheitsunternehmen und im Konzern, 2008; *Bürgers/Schilha*, Die Unabhängigkeit des Vertreters des Mutterunternehmens im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, AG 2010, 221; *Butzke*, Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern als Thema der Hauptversammlung, FS Hoffmann-Becking, 2013, 229; *Conzen*, Unabhängigkeit und Diversity als Eckpfeiler guter Corporate Governance bei der Besetzung des Aufsichtsrats, 2017; *Diekmann/Fleischmann*, Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, AG 2013, 141; *Drescher*, Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers: eine Untersuchung der europäischen und deutschen Gesetzeslage unter Berücksichtigung des IESBA Code of Ethics und der neuesten Reformvorhaben der EU-Kommission, 2014; *Druey*, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts, FS Doralt, 2004, 151; *Florstedt*, Die Unabhängigkeit der Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder von wesentlich beteiligten Anteilseignern. Komparatistische Betrachtungen eines internationalen Standards guter Unternehmensführung, RfW 2014, 719; *Florstedt*, Die Unabhängigkeit der Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder von wesentlich beteiligten Anteilseignern, ZIP 2013, 337; *Fuhrmann/Limmerz/Pohlmann*, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 2016; *Gilson/Kraakman*, Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors, 43 Stan. L. Rev. 1991, 863; *Gordon*, The Rise of Independent Directors in the United States, 1950–2005, Of Shareholder Value and Stock Market Prices, 59 Stan. L. Rev. 2007, 1465; *Gutiérrez/Sáez*, Deconstructing Independent Directors, 13 Journal of Corporate Law Studies 2013, 63; *Hasselbach/Jakobs*, Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, BB 2013, 643; *Hasselbach/Seibel*, Ad-hoc-Ausschüsse des Aufsichtsrats, Corporate-Governance-Instrument zur Wahrnehmung von Aufsichtsratsaufgaben in Sondersituationen, AG 2012, 114; *Hoffmann-Becking*, Unabhängigkeit im Aufsichtsrat, NZG 2014, 801; *Hommelhoff*, Aufsichtsrats-Unabhängigkeit in der faktisch konzernierten Börsengesellschaft, ZIP 2013, 1645; *Hommelhoff*, Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder in börsennotierten Familienunternehmen, ZIP 2013, 953; *Hopt*, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, ZGR 2004, 1; *Hüffer*, Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach Ziffer 5.4.2 DCGK, ZIP 2006, 637; *Huwer*, Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats – Aufgaben, Anforderungen und Arbeitsweise in der Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern, 2008; *Kehler*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats als aktienrechtliches Erfordernis (AktG und DCGK), 2008; *Koch*, Begriff und Rechtsfolgen von Interessenkonflikten und Unabhängigkeit im Aktienrecht, ZGR 2014, 697; *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der AG, 2002; *Kremer/v. Werder*, Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern: Konzept, Kriterien und Kandidateninformationen, AG 2013, 340; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht – Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, 2014; *Langenbacher*, Wettbewerbsverbote, Unabhängigkeit und die Stellung des Aufsichtsratsmitglieds, ZGR 2007, 571; *Lieder*, Das unabhängige Aufsichtsratsmitglied, Zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2005, 569; *Lutter*, Verhaltenspflichten von Organmitgliedern bei Interessenkonflikten, FS Priester, 2007, 417; *Meder*, Die persönliche Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und Directors in börsennotierten Aktiengesellschaften, Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht, 2010; *Meyer*, Der unabhängige Finanzexperte im Aufsichtsrat, 2012; *Michel*, Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers: ein Vergleich der Regelungen des Handelsgesetzbuches sowie berufsrechtlicher Normen mit den europarechtlichen Vorgaben und den Regelungen des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act, 2014; *Nowak*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds nach § 100 Abs. 5 AktG, 2010; *Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats: Die Rolle des Aufsichtsrats in einer modernen Corporate Governance, 2008; *Paschos/Goslar*, Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach den neuesten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2012, 1361; *Ringe* in Puchniak/Baum/Nottage, Independent Directors in Asia, A Historical, Contextual and Comparative Approach, 2017, 58; *Ringe*, Independent Directors: After the Crisis, 14 European Business Organization Law Review 2013, 401; *Schneider*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, FS Goette, 2011, 475; *Seibt*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, FS Hopt, 2010, 1363; *Stephanblome*, Der Unabhängigkeitsbegriff des Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2013, 445.

Übersicht

	R.n.		R.n.
I. Zustimmungsvorbehalt	439–441	e) Abgrenzung gegen andere Unabhängigkeitspostulate	494–499
II. Wesentlichkeit des Geschäfts (Abs. 1, 3)	442–457	aa) EU-Empfehlung zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	495
1. Einzel- oder Konzernvermögen als erste Bezugsgröße	442–446	bb) Abschlussprüferrichtlinie	496
2. Summe von Geschäftswerten als zweite Bezugsgröße	447–457	cc) Sonstige Gesetzesregelungen ..	497
a) Grundsatz: nur Eigengeschäfte im laufenden Geschäftsjahr	448–451	dd) Kodexempfehlungen	498, 499
b) Freiwillige Einbeziehung von Geschäften	452	5. Beschlussfassung	500–511
c) Maßgeblicher Zeitraum	453–455	a) Beschließender Ausschuss	500
d) Geschäfte innerhalb eines Näheverhältnisses	456	b) Gegenstand des Beschlusses	501
e) Geschäfte mit derselben nahestehenden Person	457	c) Unternehmerische Entscheidung ..	502–506
III. Die Zustimmung des Ausschusses gem. § 107 Abs. 3 S. 4–6 AktG, § 111b Abs. 1 AktG	458–522	d) Zeitpunkt der Zustimmung	507
1. Regelungsgrund	459	e) Rechtsfolge und Haftung	508–511
2. Allgemeine Schranken bei Interessenkonflikten im Aufsichtsrat	460–464	6. Organisationsfragen	512–520
a) Gesetzliche Schranken nach §§ 113 ff. AktG	461	a) Einsetzung des Ausschusses	513–516
b) Stimmverbote	462, 463	b) Innere Ausschussordnung	517
c) Allgemeine Regeln; Treubindung ..	464	c) Informationsansprüche und -pflichten	518, 519
3. Unvereinbarkeit von Ausschuss- und Geschäftsteilnahme (§ 107 Abs. 3 S. 5 AktG)	465–472	d) Hilfgeschäfte; Budgetrecht	520
a) Geschäfte mit Mitgliedern des Ausschusses	466	7. Folgen nicht ordnungsgemäßer Besetzung	521, 522
b) Geschäfte mit anderen nahestehenden Personen; Repräsentanten ..	467–472	IV. Zustimmungsverfahren ohne Sonderausschuss (Abs. 2)	523–528
aa) Reichweite; Meinungsstand ..	470	1. Normzweck, Grundsatz	524
bb) Stellungnahme: kein Beteiligungsverbot für „Repräsentanten“	471, 472	2. Stimmverbot	525
4. Unabhängige Besetzung (§ 107 Abs. 3 S. 6 AktG)	473–499	3. Rechtsfolge und Haftung	526–528
a) Besorgnis eines Interessenkonflikts; Prinzip der unabhängigen Kontrolle	474	V. Auffangzuständigkeit der Hauptversammlung (Abs. 4)	529–538
b) Beziehung zur nahestehenden Person	475–482	1. Beschlussfassung	530
aa) Geschäftliche und finanzielle Beziehungen	478, 479	2. Stimmverbot	531–536
bb) Persönliche Beziehungen	480, 481	a) Bedeutung	532
cc) Vor- und Nachwirkungen	482	b) Stimmverbot bei Beteiligung einer anderen Gesellschaft	533–536
c) Besorgnis der Befangenheit	483–491	3. Kein Sonderbeschluss	537
aa) Situativ-konkreter Konflikt	484	4. Rechts- und Fehlerfolgen	538
bb) Objektiver Maßstab; potenzieller Konflikt	485	VI. Publizität	539–553
cc) Besorgnis der Befangenheit; Bagatelvorbehalt	486–489	1. Bericht des Aufsichtsrats, § 171 Abs. 2 AktG	540–543
dd) Verfahrensfragen; gebundene Entscheidung	490, 491	2. Bericht des Sonderprüfers, § 145 Abs. 6 AktG	544
d) Mehrheit unabhängiger Mitglieder	492, 493	3. Auskunftsrecht, § 131 AktG	545–553
		a) Beurteilungsrelevanz bei einzelnen Tagesordnungspunkten	547–550
		b) Grenzen des Auskunftsrechts	551–553
		VII. Rechtsschutz	554–560
		1. Verstöße gegen § 111b AktG	554–556
		2. Allgemeiner Schutz vor nachteiligen Geschäften	557–560
		VIII. Rechtsformspezifische Besonderheiten	561–563
		1. Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	561, 562
		2. Societas Europaea (SE)	563

I. Zustimmungsvorbehalt

- 439 Die **organschaftliche Vorab-Kontrolle** nach § 111b AktG ist ein *konzeptionelles Kernstück des europäischen Außenseiterschutzes* (→ Rn. 10 ff.). Nach Art. 9c Abs. 4 Unterabs. 1 ARRL müssen Güterbewegungen zwischen der AG und ihr nahestehenden Personen und Unternehmen durch eine besondere Prüfinstanz als „angemessen und vernünftig“ bestätigt werden (→ Rn. 97).¹ Das ist in § 111b AktG umgesetzt, welcher drei Verfahrensarten vorsieht: in Abs. 1 die **Kontrolle durch** einen **Sonderausschuss** (→ Rn. 458 ff.), in Abs. 2 durch den **Gesamtaufsichtsrat** (→ Rn. 523 ff.) und in Abs. 4 durch die **Aktionäre**, wenn der Aufsichtsrat die Zustimmung verweigert (→ Rn. 529 ff.). **Besondere Besetzungsregeln und Stimmverbote** stellen dabei sicher, dass die nahestehende Person ihren *Einfluss auf das Verfahren nicht unangemessen ausnutzen kann*.²
- 440 Nur ein **wesentliches Geschäft** ist nach § 111b AktG eines solchen Verfahrensschutzes bedürftig; der Maßstab dafür wird in Abs. 1 durch den Grenzwert von 1,5 % des Vermögens der AG hoch angesetzt.³ Zu dieser Bezugsgröße ist der Wert des Geschäfts bzw. der aggregierte Wert aller Geschäfte im laufenden Geschäftsjahr ins Verhältnis zu setzen.
- 441 Zustimmungsbefürftig sind wesentliche Vermögensbewegungen, wenn die **AG börsennotiert** im Sinn des § 3 Abs. 2 AktG ist. Die Pflichten gelten auch in der Abwicklung und Insolvenz (→ Rn. 193).

II. Wesentlichkeit des Geschäfts (Abs. 1, 3)

- 442 **1. Einzel- oder Konzernvermögen als erste Bezugsgröße.** Gradmesser der Wesentlichkeit ist gem. Abs. 1 das **handelsbilanzielle Anlage- und Umlaufvermögen**⁴ gemäß dem zuletzt festgestellten Jahresabschluss. Ist die **AG Mutterunternehmen** iSd § 290 Abs. 1, 2 HGB und nicht von der Konzernrechnungslegungspflicht befreit, wird die Summe der Vermögensgegenstände für maßgebend erklärt, die nach § 298 HGB in den zuletzt gebilligten Konzernabschluss übernommen wurden. Gesellschaften, welche die internationalen Rechnungslegungsstandards anzuwenden haben, müssen die Vermögenswerte nach Abs. 3 im Einklang mit diesen Standards bestimmen.⁵ Der Konzernabschluss ist nur maßgeblich, wenn er erstellt worden ist.⁶
- 443 In der Praxis der börsennotierten AG wird es in aller Regel auf den **nach den IFRS erstellten Konzernabschluss** ankommen;⁷ eine dem Abs. 1 unterfallende, börsennotierte Gesellschaft (ohne eine einzige konsolidierungspflichtige Tochtergesellschaft, § 290 Abs. 5 HGB) wird die seltene Ausnahme bleiben.⁸
- 444 Damit lässt sich die Norm nicht mit der Leichtigkeit handhaben, die man eigentlich erstrebt hat, denn die Bestimmung der einbezogenen Vermögensgegenstände im Kon-

¹ Vgl. Art. 9c Abs. 3 ARRL. Die Prüfung erfolgt durch Aufsichtsorgan, Hauptversammlung oder beide, Art. 9c Abs. 4 Unterabs. 2 ARRL.

² Zum Entstehungsverlauf *Florstedt* ZHR 184 (2020), 10 (42 f.).

³ Vgl. zur Diskussion um die Einführung eines zweiten Grenzwertes *Florstedt* ZIP 2020, 1 (6 f.); *Florstedt* ZHR 184 (2020), 10 (31). Der Vore hatte eine Wesentlichkeitsgrenze von 2,5 % des Vermögens und von 1 % der durchschnittlichen Marktkapitalisierung vorgesehen, → Rn. 108; vgl. ferner *Barg AG* 2020, 149 (152 f.); *Lieder/Wernert* ZIP 2018, 2441 (2444); *Lieder/Wernert* DB 2020, 882 (883); *H.-F. Müller* ZIP 2019, 2429 (2430 f.); *H.-F. Müller* ZGR 2019, 97 (101 f.); *BeckOGK/Spindler/Seidel* AktG § 111b Rn. 3; *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* AktG § 111b Rn. 14 ff.

⁴ § 266 Abs. 2 A und B HGB.

⁵ Vgl. *Grigoleit/Grigoleit* AktG § 111b Rn. 8; *BeckOGK/Spindler/Seidel* AktG § 111b Rn. 9; *Hüffer/Koch/Koch* AktG § 111b Rn. 8; *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* AktG § 111b Rn. 27.

⁶ *Zutr. K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* AktG § 111b Rn. 31.

⁷ Nach Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002, betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl. L L 243/1), müssen kapitalmarktorientierte Unternehmen einen Konzernabschluss nach IFRS/IAS erstellen.

⁸ Die Befreiungstatbestände der §§ 291–293 HGB finden auf börsennotierte Gesellschaften grundsätzlich keine Anwendung, vgl. § 291 Abs. 3 HGB und § 293 Abs. 5 HGB.

zernabschluss nach den IFRS folgt nicht den Regeln des Handelsrechts:⁹ Anders als § 266 HGB enthalten die Standards keine verpflichtende Gliederung für die Bilanz.¹⁰ IAS 1.54 sieht lediglich eine Reihe von Mindestangaben vor, welche in die Bilanz aufzunehmen sind. Zusätzliche Posten können nach IAS 1.55 anzugeben sein, wenn sie für das Verständnis der Finanz- und Vermögenslage der Gesellschaft erforderlich sind. Zwar müssen auch die nach IFRS/IAS bilanzierenden Unternehmen die Vermögenswerte gemäß IAS 1.60 in langfristige und kurzfristige Vermögenswerte unterteilen, diese Untergliederung ist aber nicht mit derjenigen nach § 266 HGB identisch.¹¹ Außerdem kommt gem. IAS 1.60 eine Untergliederung nach Liquiditätsnähe in Betracht, wenn diese zuverlässiger und zugleich relevanter ist. Dies liegt nach IAS 1.60 insbes. bei Finanzinstituten nahe.

Für die nach IAS bilanzierenden Unternehmen bleiben zur Ermittlung des maßgeblichen Wertes *drei Wege*:¹² Zunächst ein **funktionaler Vergleich** mit den **Referenzwerten in § 266 Abs. 2 Buchstabe A und B HGB**; einzubeziehen sind sämtliche in dem Konzernabschluss auszuweisenden Vermögensgegenstände, nicht aber die Rechnungsabgrenzungsposten (C), aktive latente Steuern (D) und der aktive Unterschiedsbetrag aus der Vermögensverrechnung (E). Daneben ermöglicht es der Gesetzgeber auch, auf die **Summe der langfristigen und kurzfristigen Vermögenswerte** nach IAS 1.60 abzustellen.¹³ Zuletzt kann die **Bilanzsumme** herangezogen werden.¹⁴ Das AktG gibt eine Rangfolge dieser Alternativen nicht vor. Oft werden die Unternehmen deswegen schlicht die Bilanzsumme verwenden, die am leichtesten zu ermitteln ist und zu dem höchsten Grenzwert führt.

Referenz ist stets der letzte festgestellte Abschluss; ein aktuellerer, aber nicht festgestellter Abschluss, der zu einem niedrigeren Schwellenwert führt, bleibt außer Betracht.¹⁵ Dies gilt – bis zur Grenze eines Missbrauchs – auch dann, wenn Auf- und Feststellung des Abschlusses sich verzögern.¹⁶

2. Summe von Geschäftswerten als zweite Bezugsgröße. Die Bilanzkennzahl nach Abs. 1 ist ins Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert des Geschäfts bzw. der Wertsumme aller Geschäfte mit derselben nahestehenden Person im Geschäftsjahr zu setzen. Es gelten die bei § 111a AktG → Rn. 295 ff. dargestellten Bewertungsgrundsätze. Die Bewertung ist keine unternehmerische Entscheidung; der Aufsichtsrat kann sich auf eine realistische Schätzung verlassen.¹⁷

a) Grundsatz: nur Eigengeschäfte im laufenden Geschäftsjahr. Nach Abs. 1, 3 ist ein Aggregationswert aller Eigengeschäfte der AG mit einer nahestehenden Person zu bilden, ungeachtet der Art oder des Umfangs des Geschäfts.¹⁸ **Geschäfte mit Drittbe- teiligung** (ein anderer erhält ein Gut oder überträgt es an die nahestehende Person) können nach den IAS sowie **nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen** zu berücksichti-

⁹ Die Konsolidierungsvorschriften der § 298 HGB iVm § 266 HGB, also insbes. auch das Erfordernis einer Unterscheidung von „Anlagevermögen“ und „Umlaufvermögen“, werden von den Vorgaben der Rechnungslegungsstandards verdrängt, vgl. § 315e Abs. 1 S. 1 HGB.

¹⁰ BeckIFRS-HdB/Wawrzinek/Lübbig § 2 Rn. 292.

¹¹ Vgl. Staub/Wüstemann/Koch Anh. § 315a IFRS Abschn. 7 Rn. 3.

¹² AA K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 29.

¹³ Vgl. RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 94; Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 8; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 9.

¹⁴ RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 94; Grigoleit/Grigoleit AktG § 111b Rn. 7; Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 8; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 9.

¹⁵ K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 21.

¹⁶ Bei einem Rechtsmissbrauch (siehe → Rn. 32f.) wird man eine Zustimmungspflicht gem. § 111b Abs. 1 AktG annehmen müssen, s. auch K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 23f.

¹⁷ Die Einholung von Gutachten ist nicht erforderlich, vgl. ausdr. RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 92; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 64.

¹⁸ RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93; *Barg* AG 2019, 149 (153); Grigoleit/Grigoleit AktG § 111b Rn. 17, 18; Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 6; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 5; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 67, 74.

gen sein (→ Rn. 29 f., 271 ff.). Die nach § 111a Abs. 2 und 3 AktG ausgenommenen Geschäfte sind nicht Bestandteil der Aggregationsrechnung.¹⁹

449 Unberücksichtigt bleiben auch Geschäfte, die der Aufsichtsrat bereits früher nach § 111b Abs. 1, 2 AktG geprüft hat.²⁰ Bedeutung kann dies erlangen, wenn der Aufsichtsrat einem oder mehreren Geschäften unterhalb der Grenze von Abs. 1 bereits präventiv, sozusagen freiwillig, zugestimmt hat (zu dieser Möglichkeit → Rn. 452).

450 Infolge einer schematischen Tatbestandsvereinfachung ist stets **nur diejenige Transaktion zustimmungspflichtig**, welche die **Grenze** in Abs. 1, 3 **überschreitet**. Ein Bagatellvorbehalt besteht nicht. Wenn zeitlich frühere Geschäftsvorfälle riskanter oder erheblicher erscheinen, ist dies im Rahmen des § 111b AktG unerheblich.²¹ **Nach erfolgter oder verweigerter Zustimmung** beginnt die Aggregationszählung **von Neuem**.²² Ein Geschäft, über das bereits abgestimmt wurde, ist nicht mehr mitzuzählen.

451 Geschäfte, die nach erstmaliger Übertretung der Grenze innerhalb des Geschäftsjahrs getätigt werden, sind also nicht ohne Weiteres, sondern nur nach nochmaliger Erreichung des Grenzwertes zustimmungspflichtig.²³

452 **b) Freiwillige Einbeziehung von Geschäften.** Das **Zustimmungsverfahren** kann **freiwillig durchgeführt** werden; es wird den Gesellschaften dadurch ermöglicht, ein Geschäft (oder mehrere Geschäfte) aus der Aggregationszählung auszunehmen. Bei Zweifels- und Grenzfällen, in denen der Wert oder die rechtliche Einordnung eines Geschäftsvorfalles nicht eindeutig zu bestimmen ist, kann die AG einen rechtssicheren Zustand herbeiführen. Sie hat dazu eine den Anforderungen des § 111b AktG genügende Zustimmung einzuholen und das Geschäft entsprechend § 111c AktG offenzulegen.²⁴ Die **Aggregationsrechnung beginnt** in diesen Fällen richtigerweise **nicht erneut**;²⁵ die freiwillige Befolgung der §§ 111b, 111c AktG dispensiert lediglich davon, das geprüfte Einzelgeschäft in der fortlaufenden Wertaddierung mitzuzählen. Das Gesetz ist nur insofern einer teleologischen Reduktion fähig, als dass die doppelte Prüfung und eine Publizität desselben Vorgangs nicht verlangt sind; die von §§ 111b, 111c AktG vorgegebene Zählweise kann aber nicht wieder bei null beginnen, da dies den gesetzlichen Umgehungsschutz zugunsten des Gestaltungsbeliebens der AG aussetzen würde.²⁶

¹⁹ RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93; Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 6; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 7; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 72.

²⁰ RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93; Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 6; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 7; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 76.

²¹ Der abw. Vorschlag von Roth, Related Party Transactions auf dem Prüfstand, 2018, 150 hat sich ebenso wenig durchgesetzt wie Ansätze, nach denen das grenzüberschreitende und zugleich alle folgenden Geschäfte im Bezugszeitraum zustimmungspflichtig sein sollten, vgl. Bungert/Wansleben DB 2017, 1190 (1195); Zetzsche NZG 2014, 1121 (1126).

²² RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93; H.-F. Müller ZIP 2019, 2429 (2431); Hüffer/Koch/Koch AktG § 111b Rn. 6; BeckOGK/Spindler/Seidel AktG § 111b Rn. 7. Die Aggregationszählung beginnt auch bei verweigerter Zustimmung wieder bei null. Die Alternative wäre faktisch eine Pflicht zur Prüfung jedes nächsten Geschäftsvorfalles, solange bis erstmalig eine positive Beurteilung des Ausschusses folgt. Das ist kaum ergiebig und es muss genügen, wenn über die verweigerter Zustimmung und die vergangenen Geschäftsvorfälle mit derselben nahestehenden Person nach § 111c Abs. 1, 2 AktG ein umfassender Bericht geschuldet ist.

²³ Diskussionswürdig, aber letztlich zu verneinen, ist die Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung dazu zwingt, nur den zustimmungspflichtigen Vorfall selbst aus der Gesamtrechnung herauszufiltern.

²⁴ Einen Hinweis auf die rechtliche Zulässigkeit dieser Lösung enthält die Gesetzesbegründung. Hiernach sind in der Aggregation solche Geschäfte nicht zu berücksichtigen, „für die bereits eine Zustimmung erteilt wurde“, RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93.

²⁵ Der Hinweis im RegE ARUG II, BR-Drs. 156/19, 93 („Nicht im Rahmen der Aggregation zu berücksichtigen sind dabei Geschäfte, für die bereits eine Zustimmung erteilt wurde. Die Aggregation beginnt dann von Neuem bis zum Ablauf des Geschäftsjahrs.“) ist insoweit missverständlich.

²⁶ Der naheliegende Hinweis auf die Diskrepanz zur befreienden Wirkung freiwilliger Übernahmeangebote (dazu etwa Schwark/Zimmer/Noack/Zetzsche WpÜG § 35 Rn. 26 ff.) geht fehl. Denn von dem abschnittsbezogenen Umgehungsschutz (durch Aggregationszwang § 111b Abs. 1 AktG, § 111c Abs. 1, 4 AktG) bliebe nichts übrig, sofern es ausreichen würde, wenn die AG in periodischen Abständen unproblematische Transaktionen veröffentlicht und eine Zustimmung des Aufsichtsrates einholt.

c) Maßgeblicher Zeitraum. Die Aggregationszählung beginnt und endet mit dem **jeweiligen Geschäftsjahr**.²⁷ Darunter ist auch ein Rumpfgeschäftsjahr zu verstehen.²⁸ Soweit Geschäfte in Rede stehen, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARUG II (zum 1.1.2020) erfolgt sind, war es gerechtfertigt, die Aggregationsrechnung erst mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens zu beginnen.²⁹ Die noch im RefE vorgesehene dynamische Aggregation über einen zwölfmonatigen Zeitraum hinweg wurde aus Praktikabilitätsgründen verworfen (→ Rn. 120).³⁰ Zu aggregieren sind nur solche Geschäfte, die nach dem Stichtag abgeschlossen wurden.³¹ Weil die §§ 111b, 111c AktG nunmehr an einem statischen Zeitabschnitt ansetzen, entstehen Gestaltungs- und Handlungsräume.

Hinsichtlich der Wahl des **Zeitpunkts eines Geschäfts** ist die AG grundsätzlich nicht beschränkt.³² Typische Gefahren der Umgehung, wie sie bei abschnittsbezogenen Regelungen bekannt sind (Vorauszahlungen von Teilleistungen für einen größeren Zeitraum, vereinbarte Vorleistungen usw.), werden bereits durch die Einheitsbetrachtung von Vertrag und Erfüllung verringert.³³ Eine Sonderregel für Leistungen um den Wechsel des Geschäftsjahres, wie sie etwa § 11 Abs. 1 S. 1 EStG enthält, ist aus diesem Grund nicht vorgesehen und auch entbehrlich. Keinen Bestand hat dagegen die instrumentelle Verschiebung des Vertragsschlusses, wenn diese zuvörderst bezweckt, die Zustimmungs- und Offenlegungspflichten zu vermeiden (→ Rn. 32 ff.). In diesem Fall ist das Geschäft noch im Rahmen derjenigen Periode aggregations- und ggf. zustimmungspflichtig, in der es im normalen Geschäftsgang getätigt worden wäre. Davon wird auszugehen sein, wenn eine Sachverhaltsgestaltung ganz ohne sachlichen Grund ist. Bei anderen „atypischen“ Geschehensabläufen hat man nach dem Grad der Künstlichkeit zum einen und nach den für die Gestaltung sprechenden validen Gründen zum anderen zu fragen. Der Ankauf von Produkten für mehrere Geschäftsjahre im Voraus wird danach bspw. in der Regel umgehungs- und missbrauchsrechtlich nicht zu beanstanden sein (→ Rn. 32 ff.). Verzögerungen des Geschäftsabschlusses sind auch hinzunehmen, wenn der AG Informationen fehlen, um die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts bewerten zu können.

Da die Zustimmung nach § 111b Abs. 1 AktG nur für das Geschäft eingeholt werden muss, welches den Grenzwert überschreitet (→ Rn. 450), stellen sich analoge Fragen hinsichtlich der **Reihenfolge der Geschäftsabschlüsse**; auch die von § 111c AktG erstrebte Transparenz kann durch zeitbezogene Sachverhaltsgestaltung beeinträchtigt werden (ein besonders kritisches Geschäft wird gleichsam in eine spätere Aggregationsperiode „geschoben“). Das Gesetz gibt keine bestimmte Reihung vor, sodass die Wahl des Abschlusszeitpunkts beeinflussen wird, welches Geschäft die Verfahrenspflichten der §§ 111b und 111c AktG auslöst. Nicht zu beanstanden ist ein Sachverhalt, wenn „gute“ wirtschaftliche Gründe für die konkret gewählte Reihenfolge das Nebenmotiv, den Verfahrensschutz der §§ 111b, 111c AktG einzuschränken, nachweislich überwiegen. Eine solche Verschiebung kann bspw. legitim sein, weil die mit dem Geschäft verbundenen Chancen und Risiken noch bewertet werden müssen oder eine erwartete Marktentwicklung noch abgewartet werden soll. Wird hingegen die Reihung gezielt so gestaltet, dass ein „unverdächtiges“ Geschäft ohne sachliche

²⁷ Das Geschäftsjahr hat nach § 240 Abs. 2 S. 2 HGB eine Dauer von bis zu zwölf Monaten.

²⁸ S. Zipperle/Lingen BB 2020, 131 (135); K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 70.

²⁹ K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 71; bereits die fehlende Übergangsfrist ist für die Unternehmen eine beachtliche Härte gewesen, siehe auch *Florstedt* ZIP 2020, 1 (8).

³⁰ Vgl. *Bungert/Wansleben* BB 2019, 1026 (1028); *J. Schmidt* EuZW 2019, 261 (262); *BeckOGK/Spindler/Seidel* AktG § 111b Rn. 8; näher K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 69.

³¹ *Eisele/Oser* DB 2019, 1517 (1524); *J. Vetter* AG 2019, 853 (861); *Grigoleit/Grigoleit* AktG § 111a Rn. 20; *MüKoAktG/Habersack* AktG § 111a Rn. 7; aA *Heidel/Heidel/Illner* AktG § 111a Rn. 4.

³² Das ist hinnehmbar, zumal eine vorzeitige oder verspätete Erbringung vereinbarter Leistungen die Pflichtenentstehung im Rahmen von § 111a AktG in der Regel nicht verändern wird.

³³ Vgl. zu solchen Gefahren aus der umfangr. steuerrechtl. Rspr. BFHE 152, 440 = BStBl. II 1989, 702 (zu vertraglich vereinbarten Vorleistungen); BFHE 148, 250 = BStBl. II 1987, 219 (Gebührenvereinbarung treuhänderischer Verwaltung); für weitere Beispiele s. *Koenig* AO § 42 Rn. 53. S. auch K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 82f.

Gründe vorgezogen wird, ist dies rechtsmissbräuchlich; das so zurückgestellte Geschäft bleibt zustimmungs- und veröffentlichungspflichtig.

- 456 **d) Geschäfte innerhalb eines Näheverhältnisses.** In die Aggregationszählung fließen alle Geschäfte ein, die zeitlich gesehen **während eines bestehenden Näheverhältnisses vorgenommen** werden; dass irgendwann im laufenden Geschäftsjahr die Nähevoraussetzungen erfüllt waren oder sein werden, genügt nicht.³⁴ Allerdings sind die Vor- und Nachwirkungen von Näheverhältnissen nach IAS 24.9 zu beachten (→ Rn. 253). Weitere Ausnahmen von dem Prinzip der zeitlichen Kongruenz können durch die allgemeinen Umgehungs- und Rechtsmissbrauchslehren angezeigt sein (→ Rn. 30 ff.). Die absichtliche Aufspaltung wirtschaftlich miteinander verbundener Vorgänge entbindet nicht von den Pflichten der §§ 111a ff. AktG. Gleiches gilt für vergünstigte Darlehen oder den Verkauf verbilligter Wohngrundstücke an ehemalige Organmitglieder oder Dritte, die Options- oder Wandlungsrechte halten, deren Ausübung eine Nähebeziehung begründen würde.³⁵ Eine **Unterbrechung des Näheverhältnisses** innerhalb eines Geschäftsjahres führt dabei lediglich zu einer Unterbrechung der Aggregation; entsteht das Näheverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt wieder, ist die Aggregationsrechnung fortzuführen, sie beginnt nicht von vorn.
- 457 **e) Geschäfte mit derselben nahestehenden Person.** Wenn und soweit nach dem Gesetzeswortlaut nur Geschäfte **mit derselben nahestehenden Person** bzw. zwischen zwei gleichbleibenden Parteien zu aggregieren sind, hat diese Formulierung keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Sie weist insbes. nicht auf ein Geschäft mit demselben Rechtsträger hin.³⁶ Der Gesetzgeber war der Ansicht, der Personenbegriff sei durch IAS 24 vorgegeben und keiner nationalen Regelung fähig (→ Rn. 121, siehe auch → Rn. 199). Ob insbes. ein Konzern eine „Person“ im Sinn von § 111c AktG ist, muss deswegen durch entsprechende Interpretation des Personenbegriffs und der geltenden Zurechnungsgrundsätze ermittelt werden (→ Rn. 208 ff.).

III. Die Zustimmung des Ausschusses gem. § 107 Abs. 3 S. 4–6 AktG, § 111b Abs. 1 AktG

- 458 Der Aufsichtsrat ist nach § 111b Abs. 1 AktG dazu bestimmt, die Angemessenheit eines wesentlichen Geschäfts zu überprüfen. Das Verfahren ist nach dem **Gesetzesleitbild** auf die **Kontrolle durch einen Sonderausschuss** hin ausgerichtet, der dem Geschäft die Zustimmung erteilt oder verweigert, § 107 Abs. 3 S. 4 AktG. Seine Eigentümlichkeit besteht in der Zusammensetzung, da zwar keine an dem Geschäft beteiligten nahestehenden Personen, wohl aber deren Interessenvertreter Mitglieder des Ausschusses sein können, solange dieser **mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern** besetzt wird. Eine Zustimmung des Gesamtaufwandsrats (Abs. 2) oder der Hauptversammlung (Abs. 4) sieht das Gesetz nur als Auffanglösung vor.
- 459 **1. Regelungsgrund.** Der besondere Schutz durch ein Kontrollverfahren ist in Art. 9c ARRL rahmenartig geregelt. Ein Teilnahme- und Stimmverbot ist nur für die am Geschäft „beteiligte“ nahestehende Person vorgesehen (Abs. 4 Unterabs. 3);³⁷ der Prozess selbst wird nicht näher beschrieben. In § 111b AktG ist einer **Zuständigkeit des Aufsichtsrats** Vorrang eingeräumt gegenüber internationalen Ordnungslösungen mit direkter Aktionärskontrolle (durch Sonderbeschluss der Aktionärsminderheit). Deswegen wird in § 111b Abs. 1 AktG auf eine neue Vorschrift zur inneren Ordnung des Aufsichtsrats

³⁴ Wie hier K. Schmidt/Lutter/J. Vetter AktG § 111b Rn. 71; J. Vetter AG 2019, 853 (861).

³⁵ In diesen Fällen wird oft bereits ein „vorwirkendes“ Näheverhältnis nach IAS 24.9 anzunehmen sein (→ Rn. 253 f.).

³⁶ S. dazu im Einzelnen *Florstedt* ZHR 184 (2020), 10 (26 Fn. 78).

³⁷ Die Richtlinie lässt es allerdings zu, dass bei einer Abstimmung in der Hauptversammlung der am Geschäft beteiligte Aktionär an der Abstimmung teilnimmt, sofern das nationale Recht angemessene Schutzmechanismen vorsieht (Unterabs. 4). Trotz des nicht eindeutigen Wortlauts bezieht sich diese Rückausnahme nicht auf am Geschäft beteiligte Aufsichtsratsmitglieder bei der Abstimmung im Aufsichtsrat, → Rn. 466.